DIREITO DO TRABALHO: LUTAS DE ONTEM E DO AMANHÃ

Joycemar Tejo, advogado no Rio de Janeiro, pós-graduado em Direito Público

(Julho/ 2010)

1. O Direito do Trabalho dentre as dimensões de direitos humanos

O Direito do Trabalho está situado entre os direitos humanos (ou fundamentais) de 2ª geração (ou dimensão). Isso pois os direitos humanos (ou fundamentais) são classificados em gerações (ou dimensões), que correspondem a determinada etapa histórica.

Posso apontar de início, como se vê, duas questões terminológicas. A primeira entre a expressão “direitos humanos” e “direitos fundamentais”- se seriam sinônimas ou não. BONAVIDES (2006, p.561), utilizando a caracterização dos direitos fundamentais de Carl Schmitt, baseada em dois critérios formais, assim explica:

> *Pelo primeiro* [critério], *podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão*

formal como o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança (...) Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Assim, os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados, inscritos no texto constitucional. Os direitos humanos, destarte, são supranormativos, podendo aparecer na forma positivada (se convertendo então em direitos fundamentais) ou não. Em que pese esse posicionamento, contudo, alguns autores não enxergam diferença, como Sérgio Resende Barros, cit. p. TORRENS (2004: p.92), para quem "*não há razão para separar direitos fundamentais e direitos humanos*".

A segunda questão terminológica que se nos coloca é a diferença entre "geração" e "dimensão" de direitos humanos. Ora, "geração" dá uma ideia de ciclo que se encerra, acabando uma sendo sucedida por outra. Tendo em vista que na realidade não é assim que ocorre, pois os direitos se acumulam, vão se ajuntando, como uma onda que se avoluma (TORRENS: idem, p.90, "*dimensões sucessivas que recebem o influxo uma das outras*"), a doutrina moderna opta por utilizar a expressão "dimensões", que traduz melhor o fenômeno.

Feita essa anotação preliminar, que em verdade não adquire relevância neste trabalho, continuemos.

Não obstante muitos autores falarem em quarta (seriam fruto do fim de século, da sociedade globalizada- como por exemplo o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, como elenca BONAVIDES: idem, p.571) e até mesmo em uma quinta (conforme PACHECO, fruto do desenvolvimento tecnológico, do avanço da cibernética etc.) dimensão de direitos humanos, tradicionalmente nos referimos a três.

Os direitos humanos de primeira dimensão foram fruto do ideário liberal/ iluminista. Vieram no bojo das revoluções do final do séc. XVIII, a Francesa, a Norte-Americana. Consagram as chamadas "liberdades clássicas": de propriedade,

religiosa, de pensamento etc. O traço marcante dessa dimensão de direitos é o seu individualismo e a omissão do Estado. Pois pelo ideário liberal, burguês, o Estado deve ter atuação mínima- sua participação deve ser “negativa”, no sentido de omissão.

A terceira dimensão, por sua vez, é mais recente, sendo concebida a partir de meados do século XX. São os direitos de solidariedade (ou fraternidade), exemplificados por BONAVIDES (idem, p.569) como o direito à paz, ao meio ambiente saudável etc.

A segunda dimensão de direitos é a que nos interessa aqui. Enquanto os direitos de primeira dimensão têm origem liberal, burguesa, os de segunda dimensão são fruto das reivindicações das classes trabalhadoras. Foram burilados ao longo do século XIX, influenciados pelos pensamentos anarquista, socialista e marxista. São os *direitos de igualdade*. Posso exemplificá-los como os direitos à saúde, à moradia, à educação. E ao trabalho, e não só ao trabalho como às *boas condições de trabalho*. São reivindicações filhas diretas da revolução industrial, onde as pessoas eram submetidas a formas degradantes de existência e de trabalho- daí a fala de MARTINS (2006: p.05):

> *Afirma-se que o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial.*

Diante do contexto vigente à época, pois, a classe trabalhadora se organiza, pressiona, em busca de melhores condições. Portanto, enquanto as liberdades clássicas, burguesas, exigem que o Estado se abstenha, as conquistas dos direitos humanos de segunda dimensão exigem o contrário- justamente que o Estado seja participativo:

> *Passa, portanto, a haver um intervencionismo do Estado principalmente para realizar o bem-estar social e melhorar as condições de trabalho* (MARTINS, idem, p.06).

2. A contradição em que nasce

Mas o Direito do Trabalho nasce de uma contradição. Ao mesmo tempo em que surge da pressão do movimento operário, ele nasce de concessões das

classes dominantes. É fruto de uma conciliação -a conciliação "capital x trabalho"-, portanto nem revolucionário nem subversivo. Diante do ascenso da luta operária, diante da influência das idéias socialistas, o Capital acaba por ceder, entregando -para usar a expressão popular- os anéis para não perder os dedos. Faz concessões, para acalmar, para cooptar a classe trabalhadora, para deixá-la sossegada. Daí a cátedra de RUSSOMANO (2002: p.16), assinalando que

> *o Direito do Trabalho (filho de nossa época) começou a ser gerado, nas entranhas do século XIX, pela pressão do movimento operário, como principal porta-voz das ideologias socialistas, porém com a aceitação expressa ou tácita das estruturas liberais.*

E, em outra passagem (idem, p.20):

> *As leis trabalhistas do século XIX e do começo do século XX foram possíveis pela atitude de aceitação adotada pelo poder econômico, ante as reivindicações operárias.*

O fascismo soube fazer, como ninguém, essa conciliação. Na Itália tivemos a *Carta del Lavoro* de Mussolini de 1927, que não por acaso influenciou a CLT, de Getúlio Vargas. Também na Alemanha de Hitler, com os sindicatos sendo manietados- o sindicato único jungido ao Estado é um dos traços do fascismo.

Cabe um parêntese aqui, a propósito: a discussão entre a unicidade (um único sindicato por categoria na mesma base territorial) e a pluralidade (mais de um sindicato por categoria na mesma base territorial) sindical. Entendo que ambas as formas possuem vantagens e desvantagens. Mas acredito, particularmente, que devemos defender a unicidade (em que pese, como dito, ser "*característica dos regimes que usam o sindicato como órgão de colaboração submissa ao Estado*", RUSSOMANO, idem, p.67), em prol da unidade da classe trabalhadora: evitando-se assim a pulverização da luta da categoria e o nascimento de sindicatos de aluguel.

3. O contexto em que se situa

Fechando o parêntese, tal é o contexto em que nasce e se situa o Direito do Trabalho: fruto da luta da classe trabalhadora, que levou a concessões dos grupos dominantes. O mote é, como se vê, a conciliação “capital x trabalho”, que aliás foi um dos lemas do fascismo, como dito. O Direito do Trabalho é um direito, então, próprio do sistema capitalista. Veja-se por exemplo que na extinta URSS o Direito do Trabalho não recebeu muita atenção dos juristas soviéticos- como falar em normas de proteção ao trabalhador contra a exploração, se é o próprio trabalhador, ao menos em tese, que está no poder? Um Direito do Trabalho algo que não faz sentido, dentro de uma forma de produção socialista, conforme diz RUSSOMANO (idem, p.21):

> *Na antiga União Soviética, curiosamente, o Direito do Trabalho não alcançou progressos notáveis, certamente porque, na organização econômica de um Estado socialista de operários e camponeses, as leis trabalhistas eram consideradas secundárias.*

Não obstante, havia normas próprias de conteúdo laboralista, como se vê dos seguintes artigos da Constituição soviética de 1936:

> *Artículo 118.— Los ciudadanos de la URSS tienen derecho al trabajo, es decir, a obtener un trabajo garantizado y remunerado según su cantidad y calidad. Garantizan el derecho a trabajo la organización socialista de la economía nacional, el crecimiento constante de las fuerzas productivas de la sociedad soviética, la eliminación de la posibilidad de crisis económicas y la supresión del paro forzoso.*
>
> *Artículo 119.— Los ciudadanos de la URSS tienen derecho al descanso. Garantizan el derecho al descanso la jornada laboral de siete horas para los obreros y empleados y su reducción a seis horas para las profesiones cuyas*

> *condiciones de trabajo son difíciles, y a cuatro horas en las secciones en que dichas condiciones son especialmente difíciles; las vacaciones anuales pagadas para los obreros y empleados, y la existencia de una extensa red de sanatorios, casas de descanso y clubs, puestos a disposición de los trabajadores*

Mas o Direito do Trabalho é, como dito, típico do capitalismo. Isso não quer dizer, todavia, que antes mesmo do capitalismo adquirir hegemonia enquanto sistema econômico não havia normas de proteção ao trabalho, e me reporto, no passado imperial do Brasil, às leis voltadas para os escravos, por exemplo, como se vê neste trecho de MARTINS (idem: p.09), sobre a evolução do Direito do Trabalho no Brasil:

> *A Lei do Ventre Livre dispôs que, a partir de 28-9-1871, os filhos de escravos nasceriam livres. Em 28-9-1885, foi aprovada a Lei Saraiva-Cotegipe, chamada de Lei dos Sexagenários, libertando os escravos com mais de 60 anos. Mesmo depois de livre, o escravo deveria prestar mais três anos de serviços gratuitos a seu senhor. Em 13-5-1888, foi assinada pela Princesa Isabel a Lei Áurea (lei n° 3.353), que abolia a escravatura.*

Normas que, de certo modo, traziam direitos trabalhistas. Mas o Direito do Trabalho, como o conhecemos, é um produto moderno.

4. A grande ofensiva

O Direito do Trabalho, portanto, é fruto de lutas que levaram a concessões. Mas as classes dominantes jamais se conformaram com as concessões realizadas, sempre ficando à espreita para reaver o que haviam cedido. Isso tomou corpo a partir dos anos 70, com a ascensão do pensamento neoliberal, quando começamos a

ver a grande ofensiva -em nível mundial- aos direitos trabalhistas. A queda da URSS agravou o contexto: no pensamento dominante, deu-se o “fim da História” (sic) e o neoliberalismo se arvorou em mentalidade hegemônica.

Então, as palavras de ordem hoje, dentro da mentalidade neoliberal ainda dominante, são a **terceirização**, no setor público e, na iniciativa privada, a **flexibilização** dos direitos trabalhistas.

Quanto à terceirização, um maior aprofundamento fugiria ao escopo do presente trabalho, haja vista a necessidade de adentrarmos em institutos atinentes ao Direito Administrativo, para melhor compreensão do problema. Basta, por ora, dizermos que a terceirização está dentro da ótica neoliberal do desmanche da máquina pública, desmanche esse cruel na medida em que, como lembra GRAU (2005, p.147),

> *o Estado, apesar dos pesares, é ainda, entre nós, o único defensor do interesse público (...) A destruição e mesmo o mero enfraquecimento do Estado conduzem, inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social.*

Tal prática tem efeitos funestos também nas relações de trabalho, e é por isso que SANTOS (2007), ao discorrer sobre fraudes envolvendo a utilização das OSCIP (organizações da sociedade civil de interesse público) na realização de serviços públicos, apesar de dizer que “*nada tem a contestar*” quanto às terceirizações, é forçado a reconhecer que as mesmas têm levado ao “*malferimento de direitos basilares do trabalhador*”.

Acerca da manifestação do pensamento neoliberal na iniciativa privada, a flexibilização, trataremos a seguir.

5. O vilipêndio aos princípios do Direito do Trabalho

Passaremos doravante a identificar os modos pelos quais essa flexibilização se materializa no ordenamento jurídico brasileiro.

Todo ramo do Direito possui princípios. Como tive a oportunidade de dizer alhures (TEJO: 2009),

> *podemos definir princípios como normas indicativas de fins, (...) que devem ser perseguidos pelo operador do Direito. Têm, portanto, conteúdo teleológico e axiológico (...).*

O Direito do Trabalho, portanto, também possui seus princípios, alguns positivados, isto é, colocados na CLT ou demais leis, outros não. Vamos analisar alguns deles, e como eles são afetados por essa mentalidade de flexibilização. Antes, contudo, lembro que os defensores da flexibilização a enxergam como forma de otimizar a economia, reduzindo custos e mesmo aumentando os postos de trabalho. Teria um viés positivo, portanto. De minha parte, discordo radicalmente -como já deve ter ficado claro- deste posicionamento sobre a flexibilização trabalhista, colocando-me ao lado daqueles que

> *a consideram um recuo nas conquistas históricas dos trabalhadores, entendendo-a como um sistema de relações trabalhistas desregulamentado e desprotegido, a ser dirigido pelas leis do mercado, traduzindo neste entendimento uma verdadeira clandestinação das relações laborais* (LIMA: 2005, pp.29-30).

Disto isso, comecemos pelo **princípio da irrenunciabilidade de direitos**. Ele vem nos dizer que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, independentemente da vontade do trabalhador que, mesmo que queira, não poderia abrir mão deles. Ele está explícito por exemplo no art. 9°, da CLT, dispondo que "*serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação*", e no art. 468 ("*nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia*"). E também na súmula 276 do TST, ainda mais direta, que reza que o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. Diante disso, o que a mentalidade neoliberal pretende? Mitigar, e mesmo, extirpar esse princípio. Vejamos como.

Em que pese a existência de uma corrente anticontratualista, o entendimento dominante é o de que

> *o contrato de trabalho tem natureza contratual. É o pacto laboral um contrato típico, nominado, com regras próprias, distinto do contrato de locação de serviços do Direito Civil, de onde se desenvolveu e se especializou* (MARTINS, idem, p.91).

O contrato de trabalho é um contrato, pois, mas um contrato *sui generis*, especial. O que caracteriza o contrato ordinário, das relações privadas, é a autonomia da vontade consubstanciada na liberdade contratual (contratar sobre o que quiser) e na liberdade de contratar (contratar quando quiser). Sobre a autonomia da vontade nos contratos diz FIUZA (2007, p.402):

> *É o mais importante princípio* [n.a., na principiologia clássica do direito contratual]. *É ele que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. O contrato é visto como fenômeno da vontade e não como fenômeno econômico-social.*

Naturalmente essa liberdade não é absoluta, estando sujeita à *supremacia da ordem pública* (outro princípio do direito contratual). Mas em todo caso, há liberdade.

No contrato de trabalho, é diferente; como dito, mesmo que quisesse, o trabalhador não poderia abrir mão dos direitos. Falando justamente da "*influência decisiva da vontade e do consenso na formação das relações jurídicas*", BARROSO (2009, p.58, rodapé) faz a ressalva:

> *O contrato de trabalho, do mesmo modo* [n.a.: isto é, assim como outras relações, como o casamento, por exemplo, em que a vontade das partes não é exclusivamente determinante], *é fruto de um acordo de vontades entre o*

empregador e o empregado, mas regras como salário mínimo, jornada máxima, fundo de garantia não podem ser afastadas por deliberação dos contratantes.

E é fundamental que seja assim. Afinal, como falaríamos em liberdade de contratar entre o trabalhador e o patrão, entre o forte e o fraco? Não seria jamais uma negociação livre, sendo o empregado o pólo fraco da relação, acossado pela necessidade financeira que lhe obrigaria a aceitar as mais desvantajosas condições para que pudesse ser contratado e, assim, garantir sua sobrevivência e a da família. Daí, repiso, a necessidade da lei tornar nula qualquer cláusula, mesmo em comum acordo, que venha a lesar o trabalhador.

A mentalidade neoliberal, da qual falamos, quer acabar justamente com isso. Quer que os direitos sejam pactuados livremente, entre patrão e empregado- e é claro que o prejudicado será o empregado, que é mais facilmente constrangido, ameaçado. O empregado tem contra si a necessidade de sobrevivência, como dito. Acabará por aceitar qualquer proposta, para não ficar desempregado.

Outro princípio que tem sobre si a constante ameaça é o da **continuidade da relação de trabalho**. Por esse princípio, "*presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado*" (MARTINS, idem, p.65). A regra é a continuidade, a perenização do contrato de trabalho. Dispensar o trabalhador sem justo motivo dá ensejo à devida reparação. Mas aí temos a lei 9.601/ 1998, portanto do governo Fernando Henrique Cardoso, ampliando formas de contrato por tempo determinado. Ou seja, estimulando a precarização.

Há que se frisar que foi sob o governo Fernando Henrique Cardoso que o pensamento neoliberal atingiu o paroxismo no Brasil (pensamento neoliberal este que se manteve, vívido e forte, sob os anos de governo Lula):

Fernando Henrique Cardoso (...) mesmo repetindo que nunca foi um neoliberal seguiu o receituário da Nova Era e tornou ordinária a prática do trabalho extraordinário, mas gratuito, como moeda de troca de um banco de horas e precarizou o contrato de trabalho, acabando com o princípio da definitividade, ficando

> *determinado no prazo, passível de suspensão. (...) A desregulamentação da legislação trabalhista criou a figura do trabalhador precarizado que antes era caso de multa por infração grave da legislação trabalhista. Até o Tribunal Superior do Trabalho entrou na onda e começou com a quitação com força de liberação total, até dos direitos não pagos que Fernando Henrique de novo copiou quando pensou as Comissões de Conciliação Prévia (...)* (AROUCA: 2007).

Os bancos de horas (apropriadamente falando, "acordos de compensação de horas", conforme o art. 59, §2° da CLT), citados no trecho acima, também buscam atender basicamente aos interesses da empresa, evitando oneração pelos custos de horas extras. Quanto maior a produção, mais se aumenta a carga de trabalho sobre o empregado. Para ser compensada depois, *depois* quando?

E no aspecto processual, também encontramos essa ofensiva contra os direitos do trabalhador. Por exemplo, a lei 9.958/ 2000 trouxe as comissões de conciliação prévia, formadas por representantes das empresas e dos empregados. Desta forma, antes do ingresso em juízo, o litígio deve ser levado à comissão para tentativa de conciliação. É uma forma, como se vê, de arrefecer a intenção de ajuizar contra o empregador, violando o comando do inciso XXXV do art. 5° da Constituição, que dispõe que "*a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito*". Ora, se o ingresso de uma ação está condicionado a uma tentativa de conciliação prévia, há clara limitação a esse direito constitucional. Mesmo que na prática essa exigência não seja bem observada, e que o Supremo Tribunal Federal tenha nas ADIs 2.139 e 2.160 dado cautelarmente interpretação conforme à Constituição relativamente ao art. 625-D da CLT, o mero fato da lei pretender tal obrigatoriedade é sintomático.

Outro exemplo é a pouca atenção ao **princípio *in dubio pro operario***, que deveria ser aplicado ao Direito do Trabalho, assim como o *in dubio pro reo* é aplicado no Direito Penal e o *in dubio pro* contribuinte na seara do Direito Tributário. Ele é derivado do **princípio da prevalência da norma mais benéfica** (ou **princípio da proteção**), e significa que, em uma situação de dúvida, nos autos de um processo, a interpretação deve ser a mais benéfica para o trabalhador ("*Na dúvida, deve-*

se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador ao se analisar um preceito que encerra regra trabalhista", MARTINS, idem, p.63). Isso na prática não funciona bem assim, de modo que muitas vezes o grande ônus de prova, mesmo em hipóteses dificílimas, tem sido imposto ao trabalhador. Dessa forma, a parte hipossuficiente -o trabalhador- é obrigada a se desdobrar para, diante dos grandes empregadores, evidenciar a justeza do que alega (o que é sobejamente árduo, quando se trata de acesso a dados, documentos etc. em poder do empregador) sob pena de improcedência de seu pedido.

6. Conclusão

Espero que este trabalho tenha cumprido seu humilde desiderato de passar, de forma sucinta, a evolução histórica do Direito do Trabalho e seu contexto atual- com as sombrias ameaças que pairam sobre si.

Assim como o Direito do Trabalho nasceu das lutas operárias do *passado*, cada vez mais ele precisa das lutas do *amanhã* para que possa resistir a essa grande ofensiva do pensamento neoliberal.

Mais do que nunca, as palavras de ordem devem ser *nenhum direito a menos, avançar nas conquistas*.

7. Bibliografia

AROUCA, José Carlos. "Reclamação trabalhista- Brasil campeão". Justiça do Trabalho, ano 24, n° 280, abril de 2007. Porto Alegre: HS Editora, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. "Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo". 1.ed.3.t. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONSTITUCIÓN SOVIÉTICA DE 1936. http://marxists.anu.edu.au/espanol/tematica/histsov/constitucion1936.htm. Acesso em 25 de maio de 2010.

FIUZA, César. “Direito Civil: curso completo”. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. “Princípios do Direito do Trabalho”. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

GRAU, Eros Roberto. “O direito posto e o direito pressuposto”. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Fernanda Maria Dia de Araújo. “Flexibilização das normas trabalhistas e os desafios do sindicalismo contemporâneo”. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. “Direito do Trabalho”. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PACHECO, Eliana Descovi. http://www.webartigos.com/articles/9152/1/Direitos-Fundamentais-E-O-Constitucionalismo/pagina1.html. Acesso em 18 de maio de 2010.

RUSSOMANO, Mozart Victor. “Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho: novos rumos”. Curitiba: Juruá, 2002.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. “As OSCIP (organizações da sociedade civil de interesse público) e a Administração Pública- intermediação fraudulenta de mão-de-obra sob nova roupagem jurídica”. Justiça do Trabalho, ano 24, n° 279, março de 2007. Porto Alegre: HS Editora, 2007.

TEJO, Joycemar Lima. “Legal e mais eficiente”. Visão Jurídica n° 37. São Paulo: Escala, 2009.

TORRENS, Haradja Leite. “Hermenêutica jurídica e paradigmas interpretativos”. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.